

Radicación: 14-32964 – Caso “MINISTERIO DE CULTURA”

Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019. Recurso de reposición

RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA EN COLOMBIA – Actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio – Investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia – Derecho administrativo sancionatorio - Principios de tipicidad y legalidad

[C]onforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que

“(…) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”.

[P]ara el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso.

[L]a Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: “(…) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener”.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal.

[L]a exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.*
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.*
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.*
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.*
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*

Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019. Recurso de reposición

(vi) *El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.*

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Caducidad de la facultad sancionatoria – Colusión en procesos de contratación pública - Conductas continuadas o de tracto sucesivo

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado de manera sostenida que la colusión en licitaciones públicas es una conducta continuada que finaliza con la liquidación del contrato. Lo anterior, porque las conductas anticompetitivas colusorias no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas. Por el contrario, se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública.

La Superintendencia ha llegado a desarrollado esta tesis con base en su interpretación de la norma y apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado.

[D]e conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las conductas continuadas como son los casos de colusiones en licitaciones públicas, la caducidad se computa desde “la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación”. De allí que en las colusiones en licitaciones públicas el término que establece el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

[E]sta tesis ha sido sostenida por esta Superintendencia. Al respecto, en la Resolución No. 83037 de 2014 este Despacho afirmó que la conducta anticompetitiva

“no cesa con la simple presentación de las ofertas realizadas conjuntamente por los competidores en el tiempo mientras dichos competidores se mantienen como oferentes coludidos dentro de la licitación objeto de examen”.

Y agregó la Superintendencia en esta decisión administrativa que

“aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas, sin que el mantenimiento de las mismas y la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a afirmar que si el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, la conducta inició y terminó con la presentación de las ofertas, pero posteriormente revivió al momento de la adjudicación para producir sus efectos”.

[P]ara esta Superintendencia, con base en su interpretación de la norma y apoyándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha considerado que las conductas anticompetitivas colusorias no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas. Por el contrario, se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública.

[L]a Superintendencia reitera su posición respecto a que la colusión en licitaciones públicas es una conducta continuada que se agota con la liquidación del contrato. No hacerlo implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado al respecto el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

[A]ceptar la tesis de la ejecución instantánea “llevaría a afirmar que si el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, la conducta inició y terminó con la presentación de las ofertas, pero posteriormente revivió al momento de la adjudicación para producir sus efectos”.

Aceptar la tesis de la ejecución instantánea sería ir en contravía a la realidad de las conductas colusorias en una licitación pública, especialmente en una como la que nos ocupa, en la que a uno de los investigados se le adjudicó el contrato. En efecto, aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o su estructuración estratégica, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, conllevaría a desconocer la unidad de la conducta.

[A]doptar la tesis de la defensa sería tanto como conceder que en un acuerdo de precios en el que se evidencie un pacto específico para determinados productos en un periodo preciso, se cuente la caducidad desde la fecha en que se hizo el pacto y no desde el momento en que los precios dejaron de ser consecuencia de dicho pacto.

[U]na imputación por conductas anticompetitivas por coordinar la preparación y presentación de propuestas o por la estructuración estratégica de las ofertas necesariamente implica que la infracción se extiende hasta que cesa la conducta, como resultado de que es una conducta de ejecución continuada.

Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019. Recurso de reposición

COLUSIÓN EN PROCESO DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO – Conductas ilegales *per se* – Conductas por objetos - Efectos de la conducta

[E]l Despacho no encuentra relación alguna en este caso entre que la conducta sea ilegal *per se* y la caducidad de la conducta. En efecto, se considera que la defensa está confundiendo el concepto de los efectos de una conducta en el marco de la doctrina *per se*.

[E]n concepto de este Despacho una cosa es lo que se entiende comúnmente por “efectos” en el derecho de la competencia en general, entendimiento a partir del cual se aplica la doctrina *per se*, y otra cosa los “efectos” a los que hace referencia el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con la doctrina internacional, por un lado, en el derecho de la competencia en general los “efectos” se refieren a los **efectos económicos en el mercado**. Dentro de este contexto, es que se presenta la diferencia entre el análisis de una conducta por objeto o por efecto, tal y como ocurre por ejemplo en Europa, o sus equivalentes en los Estados Unidos en donde el semejante al análisis por objeto es el análisis *per se* y el semejante al análisis por efecto es la regla de la razón.

En ambas jurisdicciones -y en Colombia- hay unas conductas “hard core” o del núcleo duro de los carteles, frente a las cuales debe aplicarse un análisis por objeto o *per se*, en el que no se tienen en cuenta los efectos económicos de la conducta sino su existencia. Dentro estas conductas se encuentran el bid rigging que es lo que en Colombia se entiende por colusiones en procesos de contratación pública.

[U]na conducta es ilegal *per se* si se evidencia, por ejemplo, la existencia de un acuerdo colusorio, tal y como ocurrió en el presente caso, independientemente de los efectos económicos de la conducta dentro del mercado o de si es de ejecución instantánea o continuada. Para el caso objeto de la presente investigación, lo importante desde la perspectiva de la doctrina *per se* o por objeto es la existencia del acuerdo para coludir.

Bajo este sustento conceptual fue que el Despacho aplicó en la Resolución Sancionatoria el análisis de la doctrina *per se* o por objeto. Así, al haber sido probada la existencia de un acuerdo colusorio entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, el análisis de los efectos económicos de la conducta se hizo innecesario.

Por otro lado, los efectos a los que se refiere el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, son efectos de un acuerdo colusorio **dentro de un proceso contractual y no en el mercado**. Así, dicha disposición establece lo siguiente:

“Artículo 47. **Acuerdos** contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) 9. Los que tengan **por objeto la colusión en las licitaciones** o concursos **o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos**, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas”. (Subrayado y negrillas fuera de texto)

A partir de la lectura de esta norma, y para los propósitos del caso en análisis, se tiene que esta disposición prohíbe los acuerdos colusorios independientemente de si, por ejemplo, a los cartelistas se les adjudicó o no el contrato. **Pero esa adjudicación del contrato no es un efecto económico, al que le sería aplicable la doctrina *per se*, sino un efecto del acuerdo colusorio dentro del proceso contractual, es decir que hace parte de la conducta reprochada, así como cualquier posterior acción por medio la cual se siga desarrollando.**

[E]l hecho que la conducta sea ilegal *per se* por estar probada la existencia de un acuerdo para coludir en una licitación pública, bajo ninguna óptica quiere decir que el conteo de la caducidad inicie desde el momento en que se pactó. Aceptar esta tesis comportaría tener que obviar del análisis el desarrollo de la conducta y su ejecución, lo cual resulta inaceptable pues, teniendo en cuenta que es una conducta de ejecución continuada, la conducta es una misma hasta que finaliza su ejecución, es decir, a partir de que el Estado dejó de pagar el precio producto de la conducta cartelista. Esto incluso con mayor razón para el presente caso teniendo en cuenta que a uno de los cartelistas se le adjudicó el contrato.

[E]n una investigación administrativa como la presente, el conteo de la caducidad, independientemente de que sea ilegal *per se*, iniciará a partir de su liquidación, teniendo en cuenta que es una conducta de ejecución continuada, de conformidad con la tesis que ha venido sosteniendo esta Superintendencia con base en su interpretación de la norma, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado.

Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019. Recurso de reposición

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Principio de congruencia

[C]on fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Concejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Superintendencia ha sostenido que sí pueden incluirse hechos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, las pruebas que los soporten se encuentren dentro del Expediente y hayan sido debidamente practicadas y se encuentren dentro del expediente. Así, el Despacho ha concluido que añadir hechos que cumplan tales criterios no solo no afecta la congruencia de la decisión sino que es totalmente lógico que ello se presente. De no ser así, la etapa de investigación formal sencillamente no tendría razón de ser.

[E]sta Superintendencia ha afirmado lo siguiente, lo cual es completamente aplicable para la investigación administrativa objeto de la presente resolución:

“La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la convicción de que **su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil), siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica.** Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria cumplen con los siguientes **requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación; y (iii) guardan relación con la imputación jurídica y fáctica a que se refiere Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**” (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En esa misma línea, esta Superintendencia también ha señalado lo siguiente:

“**el argumento carece de todo asidero jurídico en cuanto desconoce la esencia misma del periodo probatorio de la investigación,** que es permitir a los investigados controvertir las pruebas que obran en el expediente, aportando o solicitando las que estimen convenientes para esclarecimiento de las conductas imputadas. **Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliego de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles.** Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba”.

(...)

Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad”. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

[E]n la línea de lo que ha sido la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es claro que sí pueden incluirse nuevos hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del expediente con la posibilidad de haber sido controvertidas.

INVESTIGACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA – Derecho administrativo sancionatorio - Exclusión de juicios propios de la responsabilidad penal

[E]l Despacho reitera lo expresado por la Superintendencia en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la presente.

En efecto, el artículo 9 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente:

“Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad”.

Resolución No. 13112 del 10 de mayo de 2019. Recurso de reposición

Sobre el particular, el Despacho reitera que el Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad.

[L]a Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida.

[D]e conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, el Despacho reitera lo expresado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la que nos ocupa.